

POR EL MARQVES DE VALENZVELA

DON LVYS FERNANDEZ DE CORDOVA Y AYALA, CAVALLERO DEL ORDEN DE CALATRAVA, VEZINO DE ESTA CIVDAD.

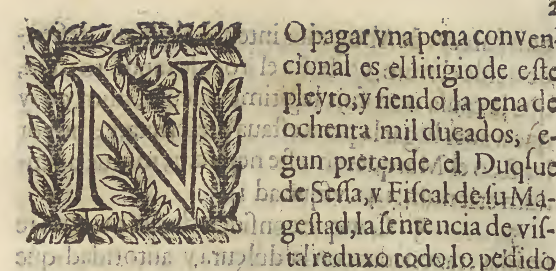
(⁎⁎⁎) *EN EL PLEYTO.* (⁎⁎⁎)

CON EL DVQVE DE SESSA Y BAENA.
Don Francisco Fernandez de Cordoua, Roxas, Cardona, y Aragon.

A QVE HA SALIDO

EL FISCAL DE SV MAGESTAD DESTA REAL Chancilleria de Granada por el interes de la Real Camara.

En Granada, en la Imprenta Real de Francisco Sanchez, en frente del Hospital de Corpus Christi. Año de 1665.



O pagar vna pena conuencional es el litigio de este pleyto, y siendo la pena de ochenta mil ducados, segun pretende el Duque de Sessa, y Fiscal de su Magestad, la sentencia de vista reduxo todo lo pedido a doze mil ducados, los diez aplicados a la parte del Duque, y los dos a la Camara; cantidad que pareciò a los señores Iuezes cabia en el interes; que de contrario solo se pedia, en caso que fuesse cierta la contrauencion, o y se ajustarà no auer auido alguna, conque en todo cessarà la pena y interes que se pretende, para que assi la sentencia de vista se reuoque.

2 ¶ Para excluyr lo intentado por parte del Duque, y Camara de su Magestad, el Licenciado don Iuan de Herrera Pareja, Abogado que fue en dicho pleyto, hizo todo lo que pudo, y no dexò que hazer, pues ni en el hecho omitiò alegacion, ni en el derecho dexò q̃ pensar, ni discurrir al Duque con fundamentos juridicos inhabilitò para que no fuera parte en este juyzio, por no ser heredero de el Duque don Luys, el Duque don Antonio, en cuyo tiempo escriuiò el docto papel, que para defensa de el Marques de Valençuela diò en vista.

3 ¶ No vso en la cobrança, y exaccion de las penas conuencionales fundò con larga copia de Doctores, desde el num. 25. hasta el 55. no contentandose con la resolucion de los Doctores del Reyno, y Tribunales de España, pues de Napoles con Gramatico, Afflictis, y Marta acredita esta verdad, en Venecia con Maranta, en Hetruria con Pedro Caballo, en sus centurias, en Francia con Rebufo, en la Rota con Seraphino, en el Peiamonte con Thesauro, en Bononia con Cesar Barcio, y Scaccia, y en Aragon con Sesse.

4 ¶ Que las transacciones, y penas dellas non noceant trasuersalibus, fundò à num. 84. que por menor el Marques, obligado de su padre, que

con

con parecer de Abogados intentò el pleyto, defiende desde el num. 90. hasta el 103. dexando tocado, que la causa non fuit legitime discusa, num. 94. y que a auer lugar la pena estaua prescripta, y que por ser Reo el Marques en este negocio, mitius agendum erit num. 141. vsque ad 163.

5 ¶ Conque consideradas las razones referidas, razonadas con la dulçura y autoridad que su autor sabe, es de temer tomar la pluma; el Marques lo dezia; por si tiene mejor fortuna mudando de Abogado; el estilo no niega la duplicacion de informes necessarios, por si agrada el mas, ò el menos vtil, segun sentencia de san Agustin de Trinitate, cap. 3. tratando de la multiplicidad de libros, ibi: *Vtile est plures libros à pluribus diuerso stylo, etiam de eisdem quæstionibus fieri, vt ad plurimos res ipsa perueniat; ad alios quidem sic, ad alios autem sic*, conque tentaremos la fortuna, por si con el trabajo algo se logra.

6 ¶ Y supuesto que lo referido motiuò a bolver à escriuir en pleyto en que no se omitiò nada, algunas causas referirè, por si alguna simboliza con las escritas, y como en su papel el Licenciado don Iuan de Herrera escriuiò por excepciones, seguirè su metodo, con titulo de causas, para mayor abono de la justicia del Marques.

CAVSA PRIMERA.

Para exclusion de la pena convencional, sobre que se litiga.

7 LA primera causa que excluye el derecho del Duque de Sessa, y Fiscal de su Magestad, en esta pena convencional, son vnas palabras de la facultad, concedida por la Magestad del señor Felipe Segundo, para el otorgamiento de la transacion, cuya cõtrauercion oy se litiga, ibi: *Y con dar esto al dicho don Luys (este es el Alferez mayor*

de

de Granada que transiguiò) os quitays, y se quitan de pleyto y diferencia, y os quedan libres todas las demas villas y bienes del dicho estado, y mayorazgos que el dicho don Luys de Cordoua os pedia y demandaua, y sobre que era dicho pleyto, y queremos, que si en algun tiempo vos, ò los dichos vuestros descendientes, y sucessores quisieredes, ò quisieren pedir, y demandar al dicho don Luys, y a los suyos, la dicha villa, y lugares, bienes, y censo, que assi le days, y y ha de auer por este dicho cocierto, y assiento, ò qualquier a parte de ello le impedir, suspender, tomar, y dexar de pagar el dicho censo, ò parte del, que no lo podays hazer, ni hagays, ni seays oydos sobre ello, y por el mismo hecho ayays caydo, è incurrido, caygays, è incurrays, y caygan, è incurran en las dichas penas contenidas en los dichos capitulos, y transacion.

8 ¶ Reciproco fue lo paccionado en esta transacion, para que dada contrauencion en qualquiera de los contrayentes, y en aquellos que tuuiessen causa de ellos, quedassen sujetos a la pena convencional (corro con presupuesto de que puede auer pena conventional en este pleyto) y se manifiesta de las palabras mencionadas en el numero precedente, con que ajustado, que la parte del Duque ha contravenido, frustra petit al Marques la pena, que assimesmo deue satisfazer y pagar, propter pactum nõ servatum, argũm text. *in l. in arenam, C. de inoffic. testam.* y se dixo *in sequentib. distichon.*

Turpe est Doctori, cum culpa redarguit ipsum;
Quid iudaus iudao, quid Catilina Cethego.

No es galanteria pedir la pena del delito en que asimismo es comprehendido el que la pide.

9 ¶ Que el Duque y sus predecessores ayan contrauenido a la transacion, patet primò; pues estado obligados a pagar dos mil ducados cada año al Marques de Valençuela por razon del cocierto y transacion, sobre cuya contrauencion se li-

tiga, no ha pagado de muchos años a esta parte mas de tan solamente mil y setecientos ducados, modo que asimesmo observò en tiempo de don Antonio Fernandez de Cordoua, padre del Marques que oy litiga, como consta de los testimonios en esta instancia de reuista presentados, que esta falta de paga por entero de los dos mil ducados de renta cada año sea contrauencion, y faltar a lo estipulado en la transacion para que corra la pena, caso que de derecho tenga lugar, aunq̃ de presente solo lo ponderamos para que conste que el Duque no es parte, por faltar a la observencia de ella, patet de las palabras de la clausula que dexamos referida, ibi: *Y ha de auer por este concierto y asiento, ò qualquiera parte de ello, ò se le impedir, suspender, tomar, ò dexar de pagar el dicho censo, ò parte de el, que no lo podays hazer, ni hagays, ni seays oydos sobre ello, y por el mismo hecho ayays caydo, è incurrido, y caygays, è incurrays, caygan, y incurran en las dichas penas contenidas en los dichos capitulos, y transacion*, Conque no es dudable, que el Duque y sus predecessores han contrauenido, y contra ellos deue auer lugar la pena que por la mesma transaccion se estipulò.

10 ¶ Con el presupuesto referido no es segura la pretension del Duque de Sessa, pues segun derecho no puede pedir pena conuẽcional, aquel que contrauino a lo estipulado, y consta del text. *in l. cum par delictum* 197. §. 1. *ff. de reg. iur.* ibi: *Illi debet permitti pœnam petere, qui in ipsam non incidit, l. cum pater* 79. §. *libertis, ff. legat.* 2. *l. quoties la* 1. *C. de fideicommis.* vbi DD. Cagnol. *in dict. l. cum par.* §. 1. *num.* 1. vbi Decius *nu.* 3. ibi: *Et qui vellit agere ad pœnam, debet prius implere pro sua parte;* Angel. *cons.* 44.

11 ¶ Padilla explicando la *l. si quis maior, C. de transaction.* entre las limitaciones que refiere para que no aya lugar la pena conuencional, en el num. 62. dize las palabras siguientes, ibi: *Secundo limitabis legem hanc, vt minimè habeat locum, si is*

qui

qui ad eius pœnas agere vult perfectè nõ impleuerit transactionem ex parte sua oportebit igitur in primis agentem fidem facere iudici implementi ex sua parte sequuti, ità enim sentit glosa, hic. verbo, servauerit; & sequuntur hanc limitationem Claudius num. 46. Thomas Parpal. num. 105. Cagnol. nu. 130. Corneus cons. 246. num. 6. lib. 2. Et ratio est, quoniam illi debet permitti pœnam peti, qui in ipsam non incidit, generaleque est in omnibus contractibus, vt is qui agit, ante omnia debeat munus suum adimplere, l. Iulianus, §. offerri, ff. de action. empt. glos. fin. in l. ædiles etiam, §. fin. ff. ædilit. edict. Alex. cons. 222. num. 18. lib. 2. Liquidissimam probationẽ hic esse exigendam quasi in supplementum probationis iuramẽtum, minimè sit admittendum; quæ sententia iudicio meo est verissima.

12 ¶ Nada de lo que nota Padilla obseruò el Duque para assegurar la entreda en este pleyto, pues de hecho le introduxo sin consultar sus Abogados con la verdad necessaria, para que sabiẽdo que el Duque auia contrauenido a la transacion le dixeran cessara en el pleyto, quando no podia prouar el auer cumplido con las cõdiciones de ella; ni para ello bastaua iuramentum in suplementum probationis, quando por los autos se le auia de ajustar el no auer pagado los dos mil ducados en cada vn año.

13 ¶ Del sentir de Padilla ha sido Caldas Pereyra *de empt. & vendit. cap. 30. num. 49.* ibi: *Addo vlterius pro complemento harum pœnarum conventionalium, exigentem, seu exposcentem teneri probare ex parte sua adimpleuisse contractum.*

14 ¶ Angel. *cons. 219. n. fin. in fin.* siguiẽdo la misma opinion, dize las palabras siguientes, ibi: *Prædicta autem intelligo, si venditor ex parte sua obseruauit, quæ debuit, alias nullo iure esset pœna commissa.* Y Corneo tratando de otra pena convencional en el *cons. 344. lib. 1. à num. 1.* resuelve la question, his verbis. *His tamen non obstãtibus contrariam partem arbitror iuri magis consentaneam*

sentẽtiam, scilicet, dictum Gabrielem non incurrisse dictam pœnã, nec dictam pœnã fuisse commissam, & per consequens laudum, & arbitramentum fuisse, & esse iniquum, & iniustum, & inique, & iniuste latum per prædictos arbitros, & arbitratores contra dominum Gabrielem, eumdem condemnando ad dictam pœnam conventionalem, constat enim quod ille, qui vult agere contra aliquem ad pœnam debet ipse adimpleuisse contenta in instrumento, alias dicta pœna ex conventione alterius partis petere non potest, quia se nitens ex contractu debet adimpleuisse contractum pro parte sua, l. Iulianus, §. offerri, ff. de act. empt. l. cum proponas, C. de pact. & in proprijs terminis dicit Bart. in. l. quaro, §. inter locatorem. ff. locati quod ille, §. est notandus ad omnes contractus in quibus vltro, citroque aliquid promittitur, vt quis non teneatur ad pœnam cum effectu, si per adversam partem omnia servata non sunt.

15 ¶ No se olvidò Baldo cõ su acostumbrada agudeza de tocar el punto, pues *in cap. 1. qualiter dominus propriet at in vsibus feudorum*, refiere las palabras siguientes, ibi: *Pœna peti non potest, nisi petens probet adimpleuisse contractum ex parte sua.* Y lo mismo dixo in *l. cum proponas*, vbi etiã Salicet. *C. de pact. & in Authent. dos data, C. de donat. ante nupt. & in l. si non fuerit, ff. de iure iurand. & in l. cum proponas, C. de naut. fœner. & in l. si pater, C. de action. empt.* Bart. *in l. 1. §. cum arietes, ff. si quadrup. pauper. fecisse dicat*, Abbas *in cap. bona el 2. de elect. & in cap. pervenit de iure iurand.*

16 ¶ De lo dicho claro consta no ser parte el Duque de Sessa, y sus predecessores para seguir este pleyto, porque supuesto que ellos hã contrauenido, como queda ajustado, pues no han pagado la renta que tenian obligacion de dos mil ducados cada año, y por esta causa estan sujetos a la pena de la transacion, y les obsta el no auer cumplido con las calidades de ella, cessa la causa del juyzio que ha intentado

tentado, y siguen contra el Marques de Valençuela.

17 ¶ No es dudable que la parte del Duque de Sessa alegarà (aunque hasta aora no lo ha hecho) de que por la prematica de la baxa de los censos, mencionada en la *l. 13. tit. 15. lib. 5. Recop.* esta renta quedò reduzida solo a los mil y setecientos ducados que se han pagado, y que pues le assiste la ley del Reyno, no se puede dar caso de contravencion desde la promulgacion, que fue el año de 1621.

18 ¶ Aunque la disculpa parece legal, no es tan legitima que relieue al Duque de la pena convencional, por transgressor de la transacion, ni la ley del Reyno comprehendiò los dos mil ducados de renta que la casa del Duque se obligò a pagar a los Marqueses de Valençuela, porque solo tiene lugar en los censos impuestos hasta el dia de la promulgacion, mas no se extiende a lo que no es verdaderamente cẽso, como no lo es la pensiõ de los dos mil ducados de renta mencionados.

19 ¶ Para salir del empeño, y dar satisfacion a la parte del Duque de la replica referida, es de notar, que en la transacion que con los Duques de Sessa otorgò don Luys Fernandez de Cordoua, auiendo en ella hecho relacion de los bienes que le dauan, se hallaràn a la letra las palabras siguientes, mencionadas en la suplica que se diò a la Magestad del señor Felipe Segundo, ibi: *Y se le dàn mas al dicho señor don Luys, y sus sucessores, y descendientes segun dicho es, para despues de los dias de la dicha señora Duquesa, dos mil ducados de renta en cada vn año, cargados a censo abierto sobre el dicho Estado de Vaena, y Cabra.*

20 ¶ Estas palabras assimismo casi formales se incorporarõ en la facultad que diò su Magestad para otorgar la transacion, y en ella lo estan tambien, ibi: *Item, se le dan dos mil ducados de renta de censo y tributo en cada vn año, impuestos, y cargados sobre el dicho Estado de Cabra, y Vaena,* de

de manera que se puedan redimir a razon de à 17ʒſ.el millar.

21 ¶ Considere el docto, si en esta transacion estàn estipulados dos mil ducados de renta cada año, ò censo de 34ʒ.ducados, para que de ellos se paguen reditos, pues segun las palabras de las clausulas no consta aya censo alguno, si solo vna pension de dos mil ducados cada año, y porque la casa de Vaena no quedara con esta obligacion perpetuamente, y los Marqueses de Valençuela con este derecho sin poder pedir la suerte principal, se diò facultad a los posseedores de la casa, de que dando 34ʒ.ducados, que era el valor que entonces tenian los censos, la libertassen, y para ello vsaron de las palabras, ibi: *Cargados a censo sobre el dicho Estado*, con que siendo esta construccion tan literal, nos podiamos escusar de mas prueua, con todo se advierta lo siguiente.

22 ¶ Constante es, que la primera obligacion con que se formaron las clausulas referidas, fueron, de que se auian de pagar dos mil ducados de renta cada año; y que se carguen a censo sobre el Estado de Vaena, y que se pueda redimir con 34ʒ. ducados, con que la causa principal fue la renta de dos mil ducados, y la resolucion del contrato fuerõ los 34ʒ.ducados.

¶ 23 Aduierte Censio *de censibus, quæst. 103. à nũ. 2.* la impossibilidad que ay en el comprador del censo, para que no pueda obligar al deudor à que redima, porque esta facultad es prerrogatiua, que solo toca al que està obligado à pagarle; segun Nauarro *in cõmentario de vsuris, nu. 72. fol. mihi 285.* Sarmient. *lib. 7. select. cap. 1. num. 28.* Rebel. *de obligat. iust. part. 2. lib. 10. quæst. 6. num. 24.* Feliciari. *de censib. lib. 1. cap. 8. num. 18. & cap 7. per totum* Læsius *de iust. & iur. lib. 2. cap. 22. dubit. 12. n. 94.* Cõrad. *quæst. 84. post 5. cõclus. §. circa corolat. 1.* Rodrig. *lib. 2. de ann. reddit. quæst. 1.* Auend. *de censib. cap. 101.* Duard. *eodem tract. quæst. 4. nu. 7. in procemio, & §. 6. quæst. 13. per totam.* Y la razon

que dà es, ibi: *Quia census ex parte emptoris perpetuus est, vt dictum fuit supra part. 1. cap. 1. quæst. 1. art. 2. Ita vt nec etiam per pactum fieri possit, vt domino census liceat repetere pretium, quod in emptione census fuit erogatum, vt probauimus supra quæst. 59. alias part. 2. cap. 1. quæst. 3. art. 7. Attamen ex parte venditoris, nec dum ab ipsomet venditore, verumetiam ab illius hæredibus potest quandocumque reddimi.*

24 ¶ Tùnc sic, si el censo de parte del comprador es perpetuo, como en este caso lo es, y que don Luys de Cordoua de el nada podia pedir mas que sus reditos, es cierto que estos dieron forma al contrato, y ellos los primeramente estipulados, conque solo aquello q̃ pudo pedir es lo que le tocaua, y lo q̃ paccionò, vt notatur *in l. actionũ 24. § in personam, l. nihil. 50 ff. de act. & obligat. principium, Inst. de action.* vbi Dom. Pichard. *à num. 1.* conque la obligacion principal fue la estipulacion de dos mil ducados cada año, que era solo lo que don Luys podia paccionar, y pedir, y lo que se contracto con el, mas no el que fuesse censo, ni como tal se regulasse, y el ponerse la palabra *censo*, fue para reduzir la materia a medio mas claro, de que jamas don Luys auia de pedir la suerte principal, y porque no quedasse la casa de Vaena perpetuo ligada con esta obligacion se vsò de dicha palabra, y para conferir el caso de la libertad y redencion en la voluntad del deudor, que era la parte del Duque, vt tenet citati num. 21. mas no para que se tuuiesse por censo legitimo, y estuuiesse comprehendido en la baxa que de ellos se mandò hazer.

25 ¶ Secundò, es de notar, que el acto de redemir qualquiera censo, no se considera por nueuo cõtracto, si por accessorio de la primera obligacion, y estipulacion de los reditos, que es la formal y principal, vt notat Bart. *in l. fin. § fin. ff. de duplican* Rodrig. *de ann. reddit. lib. 2. quæst. 18. nũ. 22.* Felician. *de censib. tom. 1. lib. 4. cap. 1. num. 11.* verſ. *Cum verò principali*, quos & alios refert Census *de censibus*

censibus, quæst. 103. *num.* 5. Giurb. *decis.* 24. *nu.* 13. *part.* 1.

26 ¶ Confirmase lo referido con otra doctrina de Censio dicto loco, num. 8. de que todas las vezes que el deudor del censo redime y deposita la primera cantidad del deposito, es para extinguir los reditos como causa primera y eficiente, y lo demas para la paga de la suerte principal, las palabras son las siguientes, ibi: *Nam si facta sit solutio, censeri factam potius ad cõputam fructuum, & redditum excursorum, quam pro sorte principali dicendum, est; tunc quia tales fructus non debentur accessoriè, seu officio iudicis, sed iure actionis.* Idẽ constat ex text. *in l. in 115, §. apud Marcellum, ff. de solut. l.* 1. & ibi glos. & DD. *C. eodem tit.* con que si para la resolució del cõtrato la primera causa es la de las vsuras, es porque ellas estipuladas, conforme a la clausula de la transacion, son las primeras en la obligacion, y las que hizieron aqui el contracto.

27 ¶ Tertiò, se deue aduertir, que en este contracto de transacion, en que se estipularon dos mil ducados de renta en cada vn año, que ellos son el mouil de la obligacion principal, y no los 34U. ducados de la redencion, para que assi no se considere por censo, y que estè sujeto a la baxa que mandò hazer la ley del Reyno. Ratio est, y sabido, que los posseedores intermedios, dexadas las hipotecas, quedan libres de la paga de los reditos del censo, cuyas hipotecas cedieron al dueño de el, Rodrig. *de ann. reddit. lib.* 2. *quæst.* 9. *num.* 68. Felician. *de censib. lib.* 1. *tom.* 2. *cap.* 1. *num.* 5. vers. *Tertio infero*, & vers. *Non tamen*, Auend. *eod. tractat. cap.* 108. *nu. fin.* Dom. Olea *de cess. iur. tit.* 1. *quæst.* 1. *à num.* 53. vbi citat Gutierr. Dom. Laram. Marium Muttani, Censium, Dom. Valenç. Frãcis. Milanens. Anton. Amat. D. Ioseph Vela, Dom. Couarr. *lib.* 3. *variar. cap.* 7.

28 ¶ La razon es, y la refiere el señor Olea dicto loco, num. 54. ibi: *Quia recognitio illa, & obligatio non plus afficit recognoscentem, & id tantum*

tum operatur, vt si possideat. plura Anton. Amat. *tom. 1. variarum, resolut. 21. per totam.* Y està obligado el dueño del censo en lo regular a acetarla. Cõ este presupuesto, si fuera censo el mencionado en la transacion, corriera la fortuna de que los posseedores de la casa y Estado de Baena tuuieran facultad de poder ceder las hipotecas, no puede ser por la prohibicion de enagenacion anterior fecha por el fundador de dicha casa. Luego se deue regular solo como pension annuada, y no como censo?

29 ¶ De lo dicho se infiere, que supuesta la prohibicion referida, los censos que se imponen sobre bienes de mayorazgo no afectan, ni obligan la propriedad, vt in illis detur hypotheca; si solos los frutos, propter prohibitionem præcedentem, y a esto miran vnas palabras de Censio *de censibus, quæst. 78. num. 2.* ibi: *Quod onus solvendi annuas pensiones, non transeat ad eum, in quem transit fundus, super cuius fructibus fuit census constitutus, quia eo casu non possit dici constitutum ius reale in ipso fundo, nec orta realis obligatio pro solvendis annuis censibus ad eorum solutionem teneretur dũtaxat is qui censum imposuit, & eius hæres vniuersalis, non autem aliquis illius successor, quia quando enim onus est impositum fructibus, non competit naturaliter hypotecha super bonis.* Con que si en los bienes del mayorazgo, y casa de Baena, *non datur hypotheca, nisi in fructibus*, y estos son annuados, como los dos mil ducados que de renta se dieron a los transigentes, ni pueden los posseedores, *demittere hypothecas*, ni se dirà ser cẽso, *verè, & realiter, nisi tantum annua præstatio*, que fue la que se paccionò, y estipulò.

30 ¶ Por escusar de la paga de alcauala a los imponedores de los censos reservatiuos tempore impositionis, y que solo se pague tempore redẽptionis, Lasarte en el *cap. 10. de decima venditionis,* haze distincion de la formacion del contracto, afirmando, que si digo, doy, ò vendo este campo por 200ꝑ. ducados, de que me aueys de pagar diez du-

 cados

cados en cada vn año, dize, que luego se causa alcauala, porque fue contracto perfecto de censo, y despues de reditos; mas que si el censo se formaua diziendo, doy este campo porque me aueys de pagar diez ducados de renta en cada vn año; y que queriendo redimir me aueys de dar dozientos ducados, formado el censo, estipulados los reditos primero que la suerte principal; dize no se deue alcauala, si no al tiempo de la redencion, porque a principio no fue censo, nisi annua pensio, con que habemus intentum. Las palabras son como se siguen, ibi.

31 ¶ *At verò valde dubia, imò planè falsa ea sententia est; quando non ita distincte duos contractus efficientes partes contraxerint, sed vnò contextu, & orationis spiritu ita dixerimus, quod ego do tibi hunc fundum in censum pro decem aureis annuis mihi solvendis, eo pacto, vt datis centum, & quadraginta aureis, quæ est legitima sors ad rationem vnius pro quatuordecim, iuxta leges Regias possis reddimere, & tu ita agnoscis sub eo censu, annuoque redditu fundum illum à me recipere adhibitis clausulis, & pactis, quæ in huiusmodi contractu censuali adhiberi, & scribi solent. Hæc enim posterior species valde differt à priori.*

32 ¶ Esta primera sentencia dexa el Autor puesta num. 47. ibi: *Vt primò fundi venditionẽ facerent certo pretio statuto.* Y continuando la resolucion, en el num. 51. sic ait, ibi: *Cæterùm illa gabella, non solvitur eo tempore, quo res in censum datur, nec illius temporis gabellario, vt alias putat Auendañus, sed eo potius tempore, quo census redimitur.*

33 ¶ Luego todas las vezes que se hallare qualquiera contracto, en el qual primero fueren estipulados reditos annuados, no se ha de atender a la palabra, *censo*, que en la mesma oracion se halla, porque esta no regula, ni forma el contracto de censo, porque solo se atiende a la estipulacion de los reditos primò facta; con que si en el caso de esta

transa

152
32

transacion la obligacion fue de pagar dos mil duca dos cada año todas las vezes, que el Duque, ò sus predecessores dexaren de pagar todo, ò parte, verè, & realiter auràn contrauenido, y por no ser este censo verdadero en su creacion, aunque lo sea en la resolucion, no se podrà dezir quedò sujeto a la baxa que la ley del Reyno mandò hazer.

34 ¶ Pro coronide de esta primera causa es de advertir, que en todas las execuciones que por parte del Marques se han seguido contra la casa del Duque de Sessa, y libranças que se han despachado por los señores juezes Administradores, siempre se han pedido los dos mil ducados de la transacion, como consta del testimonio presentado; y jamas la parte del Duque alegò, que este censo se huuiesse baxado en virtud de la ley del Reyno, y para escusarse de la contrauencion era necessario que huuiera declaracion de juez, que dixera, no estar el Duque obligado a pagar mas de mil y setecientos ducados, porque la ley no obra ipso iure, como se nota en la *l. 1. ff. de curator. furios. l. 1. l. legitimos 5. ff. de legitim. tutorib. l. palam 43. § quae in adulterio. ff. de ritu nuptiar.* y es necessario, quod iudex declaret; y assi se daria caso de que el Duque, y sus predecessores de su propria autoridad hiziessen aquello que no podian, y tocaua solo a el juez, declarando cumplir el Duque con pagar solos los 1700. ducados, mas no auiendo precedido esta declaracion, el no pagar por entero, es verdadera contrauenciõ, vt ex infra dicendis deinde apparebit.

Contrarium denotat in lex, et l. signa poen 244 ff de reg ... alleg 11, nº 2 ... de reg 32 ...

CAVSA SEGVNDA.

35 EN esta cõ mas claridad pretende el Marques de Valençuela fundar su justicia para excluyr a el Duque, y Camara de su Magestad de la pena convencional que le piden, fundado en las palabras de la confirmacion y facultad dada por el señor Felipe Segundo, por las quales solo

solo prohibe el venir, y dezir contra la transacion aquellos que intervinieren en ella, mas no a los demas que no otorgaron; con que no auiendo intervenido el Marques de Valençuela, ni toda su linea en la transacion, y aprouacion, es cierto no le podrà obstar, ni darse caso de contrauencion, tanquam res inter alios acta, *l. non debet 74. l. factum 197. ff. de regul. iuris, cap. satis per versum 57. distinct. cap. 2. de constitut.*

36 ¶ Las palabras de la facultad son las siguientes, ibi: *Y auiendo tenido plenario acuerdo y deliberacion sobre todo ello, lo auemos tenido por bien, y por la presente, de nuestro proprio motu, cierta ciẽcia, poderio Real, y absoluto, de que en esta parte queremos usar, y usamos como Rey, y señor natural, no reconociente superior en lo temporal, sin perjuyzio de nuestra Corona Real, ni de otro tercero alguno que no sea de los comprehendidos en el dicho asiento, capitulacion, y escritura, ni de los que por virtud de los testamentos y clausulas de dichos mayorazgos de Baena y Cabra puedan pretender derecho a ellos, porque en quanto a los tales ha de tener y tiene el dicho concierto y transacion, y esta confirmacion, y facultad, y lo en virtud de ella fecho y otorgado el mismo efecto que tiene y ha de tener entre vos las dichas partes.*

37 ¶ Si con cuydado se construye esta clausula con facilidad se reconocerà, que en esta transacion (con presupuesto de que puede obstar a todos los sucessores y llamados a la casa de Baena) no està comprehendido el Marques de Valençuela. El patrimonio Real es el primer caso de la facultad. El segundo es de los terceros, que no sean comprehendidos en la transacion; el Marques no intervino en ella, ni alguno de su linea, con que es de los exceptuados en dicha clausula. El tercero, y vltimo caso es, de aquellos que por virtud de los testamentos *pueden pretender derecho*, y estos quiere el Principe que les obste la transacion. Con que si ajustamos, que el Marques, ni su linea no son de los comprehen-

prehendidos en el tercero caso de la clausula, pues no es de aquellos que pueden pretender derecho, si no de los que realitèr le tienen, no se podrà dezir cõtravino à la transaccion, pues no la otorgò, firmò, ni es de los que pueden tener derecho, y quedò exceptuado en ella para poderla reclamar.

38 ¶ Lo primero, porque en dicha clausula el Principe, auiendo exceptuado el Real Patrimonio en el numero singular, exceptua asimismo al tercero que no intervino en la transacciõ, ibi: *Ni de otro tercero alguno que no sea de los comprehendidos en dicho assiento.* Y asi como exceptuada la linea del Marques de Valençuela, por no auer interuenido en el concierto, y transaccion, no deue estar sujeto à las penas, y pactos con que se celebrò, tanquam linea exceptuata, & non comprehensa in regula, vt notatur *in l. quæsitũ, §. denique, ff. de fund. instruct. gloss. in Rub. de regul. iur. in 6.* Bart. *in l. 1. in fin.* vbi Decius *num. 20.* Cagnol. *num. 31. & 34. ff. de regul. iur.* Bald. *cons. 131. vers. Super secundo, lib. 1. & cons. 119. vers. Secundo quia, eod. libr. & cons. 331. lib. 5.* Alex. *cons. 107. n. 2. lib. 1. & cons. 125. n. 4. & 5. lib. 2.*

39 ¶ Secundò facit, la naturaleza de la palabra, *ni*, de que vsò el Principe, que es lo mismo que, *nisi*, que por necessidad limita, y exceptua, y es contraria à lo precedente, y regla general, que queda assentada, vt notatur *in l. actione*, vbi Bart. Iasl. & cæteri. *C. de transact. regul. peccatum, de reg. iur. in 6.* Iasl. *in l. 3. nu. 11. ff. de offic. eius.* Socin. Iun. *cons. 163. n. 36. lib. 2.* Alex. *cons. 64. lib. 4.* Paul. Paris. *cons. 17. n. 22. & cons. 96. n. 109. lib. 1.* Surd. *decis. 225. n. 19. & decis. 264. num. 17. & cons. 71. num. 6.* Gratian. Forens. *cap. 446. num. 41. tom. 3.* Cened. *singul. 23. à num. 1.* Farin. *decis. 391. num. 14. part. 1. in recentiorib.* & in Rota *decis. 313. num. 13. part. 1.* Alex. *cons. 83. num. 3. lib. 1.* Surd. *de aliment. tit. 1. quæst. 104. num. 7.* Y auiendo su Magestad aprouado lo capitulado en la transaccion, como de la confirmaciõ parece, y que fue con calidad, que no perjudicara al

Real Patrimonio, ni à tercero, que no huuiesse intervenido en la transaccion, en ella solo paccionarõ D. Luys de Cordova, y su hijo de la vna parte, y la Duquesa doña Francisca con don Antonio su sobrino de la otra, lineas diuersas de la del Marques de Valençuela, pues desciende de don Alvaro de Cordova; y don Luys (el que transigiò) desciende de don Pedro; y doña Francisca de don Luys, los tres hermanos, y hijos del tercero Conde de Cabra, de quien es nieta la dicha doña Francisca: con que por la diuersidad de la linea no pudo comprehender la transaccion à la linea del Marques de Valençuela, que no intervino, ni paccionò cosa alguna con la Casa, y posseedores del Estado de Sessa, y Baena.

40 ¶ Ni pueden obstar las palabras vltimas de la clausula que queda referida *num. 34.* ibi: *Porque en quanto à los tales, ha de tener, y tienen el dicho concierto, y transaccion, y esta confirmacion, y facultad, y lo en virtud de ella fecho, y otorgado el mismo efecto que tiene, y ha de tener entre vos las dichas partes.* En que parece quiso el Principe comprehender todos aquellos que pudieran tener derecho à la Casa de Baena, y que assi por ser de la linea de los fũdadores, y de los llamados al Marques de Valençuela, le obsta la transaccion, para que incurra en las penas della.

41 ¶ A lo qual se satisfaze. Primò, con las palabras de la misma clausula, ibi: *Sin perjuyzio de nuestra Corona Real, ni de otro tercero alguno, que no sea de los comprehendidos en dicha transaccion, y concierto*, auiendo precedido aprovacion afirmatiua del Principe, de plenitudine potestatis, en que cõfirmaua la transaccion, y capitulado entre los litigãtes, se siguiò la limitacion del Real Fisco, y tercero; como de las palabras referidas consta; y esta, como negatiua necessaria, no quedò comprehendida en la transaccion, como notaron los DD. *in l. actione, C. de transact.* Iass. *num. 3.* Decius *num. 5.* Padill. *n. 12.* Corneus *cons. 3. num. 2. lib. 4.* Decius *cons. 532. in princip. num. 2.* Paul. Paris. *cons. 96. num. 109. lib. 1.*

Me-

329

Menoch.*conſ.156.num.9.* & *conſ.356.nu.9.* Gutierr. *Canon.lib.1.cap.21.num.2.* Surd. *de aliment. tit.1 quæſt.104.num.6.* & *deciſ.264.nu.17.* Gratian. Forenſ. *tom.3.cap.542.n.22.*

42 ¶ Secundò, es de reparar, que en la primera parte deſta clauſula ſe exceptua el Fiſco, y al tercero, que no intervino en la tranſaccion llanamẽte, como della parece; y en la vltima parte, de que nos auemos opueſto, dize: *Ni de los que por virtud de los teſtamentos, y clauſulas de dichos mayorazgos de Baena, y Cabra puedan pretender derecho; porque en quanto à los tales, ha de tener el dicho cõcierto, y facultad, y lo en virtud de ella fecho el miſmo efecto, que tiene, y ha de tener entre vos las dichas partes.*

43 ¶ Aqui es preciſo para formar el concepto, advertir, que las palabras, *ni de otro tercero, q̃ no interviniesse en la tranſaccion*; ſe entienden de aquellos que por virtud de la fundacion tenian ya ſu derecho cierto, y ſeguro, y alli el Principe no quiſo quitar à eſtos el derecho adquirido, por la injuſticia que en ello les hazia, aunque vſaſſe de clauſula de poderio abſoluto, & de plenitudine poteſtatis, por obſtarle toda razon politica, y juridica, vt latè docet Dom. Couarr. *in regul. poſſeſſor. 3. part. §.1. num. 5.* Caſtro *de lege pœnal, cap.10.* Menchac. *vſu frequent. lib.1. cap.1. num.6.* & *illuſtrium libr.2. cap.20. per tot.* & *de ſucceſſ. creat. lib.1. §.1. num.35* Tiber. Decian. *conſ.25. per tot. lib.1.* Azeued. *in l.1. tit.1. n.20. vſque ad 30. lib.4.* & *in l.4. tit.14. num.1. vſque ad 21. dict. lib.4.* & *in l.1. tit.11. num.4. lib.6. Recopil.* Crauet. *de antiquitat. part.1. in princip. à nu. 49.* & *conſ.135. à num.7.* Roland. *conſ.91. num.2. lib.2* Mieres *de maiorat. 4. part. quæſt.1. à nu.14. vſque ad 24* Capicius *deciſ.166. ex num.6.* Theſaurus *deciſ.87.* & *91.* Menoch. *lib.1. præſumpt.48* & *conſ.20.75.* & *103. lib.1.* & *conſ.108. num.56.* & *conſ.156. num.47. lib.2.* Surd. *conſ.203. nu.21.* & *22. lib.2.* Honded. *conſ.86. num.4.5.* & *6. libr.1.* Ceuall. *comm. contr. cõm. quæſt.576.577.* & *578*

Hip-

Hippolyt. Riminald. *cons. 199. num. 146. vsque ad 188. lib. 2. & cons. 45. num. 41. vsque ad num. 91. lib. 1.* Assi, conformandose el Principe con la razon juridica, legitimamente, despues del Fisco Real, exceptuò el tercero, que no auian intervenido en la transaccion.

44 ¶ Las siguientes palabras, *de aquellos q̃ puedan pretender derecho*, referidas *nu. 40.* se han de entender de aquellos que tengan, ò puedan tener derecho de los transigientes, por ser descendientes de sus lineas, y tener de ellas causa, y razon, y ser sus herederos, de quo videndus Fussar. *de subst. quæst. 563. num. 9. & quæst. 597. à num. 2.* Ruin. *cons. 7. num. 38. lib. 1.* Natta *cons. 214. num. 4. & sequent.* Cephal. *cons. 620. num. 90. lib. 5.* Peregrin. *cons. 101. num. 2. & 3. lib. 1. & in tractat. de fidei comm. art. 52. num. 97.* Menoch. *lib. 4. præsumpt. 115. num. 59.* Arias Pinel. *in l. 1. part. 3. num. 48. C. de bon. matern.* Decius *cons. 38. col. 4. in fin.* Addit. ad Molin. *de primogen. lib. 4. cap. 9. n. 31.*

45 ¶ Con que de lo dicho claramente consta, que las palabras de la facultad exceptuaron a don Luys de Cordova, que no intervino en la transacion, ni la aprovò, ni era de la linea de los transigientes, ni de ellos tiene causa, pues el derecho que litiga, y sigue es propio, originado de la bocacion de los fundadores.

46 ¶ Confirmo lo referido con los defectos que padeciò en su otorgamiento la transaccion, cuya pena quieren cobrar, por juzgar contravino a ella el Marques de Valençuela. Lo primero; porque la tal transacciõ fue nula ipso iure, por auerse hecho sobre cosa clara, vt in terminis tenet Roman. *cons. 517. num. 18.* Crauet. *cons. 552. num. 10. lib. 1.* Natta *cons. 543. num. 36. libr. 3.* Ossasc. *decis. Pedamont. 91. num. 23.* Menoch. *cons. 618. num. 1. lib. 7. & cons. 1150. num. 1. lib. 12.* Mantica *lib. 26. de tacit. & ambig. conuent. tit. 9. num. 16. & tit. 1. num. 26.* Beroius *cons. 176. nu. 28. libr. 1.* Mandel. Albericí. *cons. 543. n. 8. lib. 3.*

Que

330

47 ¶ Que fuesse sobre cosa clara, consta; pues, siendo como era, y es mayorazgo de agnacion el sobre que se transigiò, y don Luys de Cordova transigente, y el con quien oy se litiga, que es el Marques de Valençuela, varones de varones, con llamamientos claros, y con exclusion llana de hembras, como lo era doña Francisca de Cordova, y don Antonio de Cordova, de quien desciende el Duque de Sessa, que oy litiga, como es notorio à todo el mundo, es euidente la nulidad, por la claridad del derecho del Marques, y sus predecessores. Y como aqui no se trata oy de la sucessión, si solo de excluir la pena conuencional; baste el apuntar el derecho, por passar à otras causas mas legitimas, deduzidas, y alegadas en este pleyto.

48 ¶ De lo dicho se infiere, que el Principe no puede con justicia confirmar transaccion hecha sobre cosa clara, porque no puede perjudicar à los llamados, y terceros, que en ella no interuinierõ; ex Burg. de Paz *in proœmio, leg. Taur. n. 327.* Dom. Molin. *de primogen. lib. 1. cap. 8. nu. 31.* Petra *de potest. Princip. cap. 24. num. 19. & cap. 32. num. 12.* Mandel. Albens. *cons. 143. num. 2. lib. 1.* Pereg. *cons. 4. num. 9. lib. 1.* Bursat. *cons. 390. nu. 56. lib. 4.* Menoch. *cons. 20. num. 1. lib. 1.* Tiber. Decian. *respons. 5. num. 25. & 8. nu. 63. lib. 2. l. 31. tit. 18. partit. 3.* & pluribus supra citatis *n. 41.*

49 ¶ El segundo defecto es, que la dicha transaccion fue nula, por la mala fee de los transigiẽtes, y dolo que en ella interuino, vt notatur *in l. fratris, in l. sub prætextu 19. C. de transact. l. 1. §. 1. ff. ad Senat. Consult. Tertulian.* de quo etiam Bargalius *de dolo, lib. 3. cap. 4. nu. 37. & 38.* adonde resuelve, quod ipso iure est nulla transactio, quando dolosa est.

50 ¶ Que en esta transaccion aya interuenido dolo, y colusion, es euidente. Lo primero, auerse transigido vn derecho tan grande, y considerable, y tan claro, por vna recompensa tan pequeña, como lo que se diò à el Alferez mayor, que transi-

 giò

gio, no siendo nueuo, segun la *l. cum hi 8. ff. de transact.* vt facile transigerent contempti modico præsenti; todo por perjudicar à los sucessores.

51 ¶ Lo segundo, que juyzio, ni concierto pudo tener validacion, ni subsistencia, quando siendo casado el Alferez mayor, que transigiò, y haziendo vida maridable con doña Francisca de Cordoua y Zapata, se entrò Religioso, y abriò corona, y se boluiò à salir, y hazer vida con la susodicha; y si esto se prouara, quis dubitaret trāsactionem esse nullam ob defectum personæ? Y se alegò, como consta del papel que escriuiò el Doctor Iuan de Molino en el negocio principal en fauor del Marques de Valençuela.

52 ¶ Tertiò, la colusion, y dolo se manifiesta, con que pudiendo don Luys, Alferez mayor, intentar el remedio de tenuta, segun la *l. is qui destinauit. ff. de rei vindicat.* lo dexò, y intentò el de la propiedad en esta Corte, siendo tan vtil el posseer, y dar lugar à que pidan, y no pedir: ***Is qui destinauit rem petere animaduertere debet, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem, quia commodius est ipsum possidere, & aduersarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente petere.***

53 ¶ Quartò, el dolo, y colusion, detegitur, de tres calidades, que en la escritura que se otorgò año de 1585. se añadieron, las quales el Principe no confirmò, ni estauan en lo capitulado en Alcalà, y escritura del año de 1583. que fue la que su Magestad aprouò, y sobre que se expediò la facultad, como de las mismas escrituras consta.

54 ¶ Confiessa don Luys de Cordoua en dicha escritura del año de 1585. que la Duquesa doña Francisca, y su sobrino don Antonio, y todos los descendientes del padre de la dicha Duquesa eran llamados à los Estados de Baena, y Cabra, primero que el dicho Alferez mayor, siendo incierto el tal llamamiento, como de las clausulas insertas en la transaccion se podrà ver, y vna confession tan siniestra, en cosa tan substancial, satis euidentèr ex ea probatur

batur collusio, & dolus, ad tradita per Pinel. *in l.* 1. *C. de bon. mater. part. 3. num. 50.* vers. *Noua limitatio.*

55 ¶ Item, se añadiò en dicha escritura de el año de 1585. (q̃ esta fue voluntaria entre las partes, porque la principal ya està hecha, y aprouada) q̃ *aunque su derecho, y el de los demas varones era claro, lo renunciaua*, auiendo representado antes à el Rey, que queria transigir porque el derecho que tenia era dudoso, an dolosa sit talis assertio, tenet Molin. *de primog. lib. 4. cap. 8. n. 10. circa finem.*

56 ¶ Item, en dicha escritura de transaccion se halla vna clausula entera añadida, que no interuino en lo capitulado, y es, que no se huuiesse de reseruar para difinitiva el proueer sobre la obseruancia de la dicha transaccion; lo qual no estaua dicho en ninguna de las otras escrituras. El Rey confirma ellas, y no aquella de la reserva, porque ni las partes lo auian pedido, ni pensado, con que ad illam facultas Regia non potest extendi, *ex l. Aurelius, §. testamento, ff. de liberat. legat. l. quadam, ff. de iur. codicil.* Bald. *in l. aduersus, num. 3. C. si aduers. rem iudicat.* Gail. *lib. 2. obseru. 1. num. 2.* Crauet. *cons. 668. num. 2. lib. 4.* Riminald. Iun. *cons. 154. num. 59. lib. 2.* Mandel. Albens. *cons. 375. num. 6. lib. 2.* Con que no teniendo facultad los transigẽtes para añadir clausulas en virtud de la facultad Real, es nulo el contrato, y doloso, sicuti scriptum relinquerunt Speculat. *in tit. de instr. edict. §. instrumentum, num. 13.* vers. *Quid si à contrahentibus*, & ibi Ioannes Andr. *in additionib. lit. D.* verb. *constitutio*, Ruinus *cons. 23. num. 3. lib. 4.* Mantic. *lib. 2. de tacit. tit. 11. n. 6.*

57 ¶ Quintò, panditur dolus, & collusio, para que esta transaccion sea en si ninguna, ni pueda obrar efecto, quoad exactionem pœnæ conuentionalis, y es, que no fueron citados los interessados que auia al tiempo que la Magestad de Felipe II. concediò la facultad, y aprouò esta transaccion, porque quando las capitulaciones estauan viuos los hijos de don Alvaro de Cordoua, de quien descienden los

Mar-

Marqueses de Valençuela, don Pedro de Cordoua su hermano, de quien prouiene el dicho don Luys de Cordoua, Alferez mayor, y transigente, y solo se citò à D. Iuan de Cordoua su hijo.

58 ¶ Modò sic, la causa porque se llama, y cita à el inmediato, es, por el perjuyzio que le causa la transaccion, y confirmacion; pero este daño no le experimenta, si no al tiempo de la muerte de el vltimo posseedor, *quo tēpore defertur ei successio maioratus*, y assi no diremos que es inmediato el que se halla viuo al tiempo de la transaccion; si no el que lo està al tiempo que se defiere la succession, *ex l. 1. §. proximum ff. unde cognat. l. 2. §. proximum, ff. de suis, & legitim. hæred. §. proximus.* Inst. *de legitim. agnator. succession.* ibi: *Quia sæpe accidit, vt proximiore mortuo proximus esse incipiat, qui moriēte testatore non erat proximus.*

59 ¶ Con que dada esta duda, y imposibilidad, se deuen citar todos los que se hallarē viuos con derecho, y esperança cierta, si præcedens deficiat, de suceder. Y à esto aluden las palabras del señor don Luys de Molina *de primogen. lib. 1. cap. 8. n. 33.* ibi: *Vbi necessario causa probanda est substituti, quibus præiudicium irrogatur citandi sunt, vt dixit Bart. in l. nam ita Diuus, ff. de adoption. & in l. 2. C. de temporib. appell. l. 2. ff. de natalib. restituend. Socin. qui loquitur de legitimat. facta à Principe in præiudicium substitutorum, in l. Gallus, §. & quid si tantum, n. 27. & sequentib. ff. de liber. & posthu. Decius cons. 284. Curtius Iunior cons. 77. nu. 112. lib. 1. Padilla in Authent. res quæ, C. commun. de legat. num. 331.* Y supuesto que el señor Molina hablò en el numero plural, y en mayorazgos en que sucede vno solo, quiso dar à entender, que auian de ser citados todos los que eran interessados, y viuian al tiempo de la transaccion, y consta assimismo de la *l. in concedendo 8. ff. de aqua pluuia arcend.* ibi: *Cū enim minuatur ius eorum, consequens est exquiri, an consentiant, l. quoties ab omnibus 11. C. de fideicommiss. l. nam ita Diuus 39. ff. de adop.* adonde se

pidiò

332

pidiò al Principe confirmasse la adopcion de vn pupilo, qui sui iuris erat, porque no valia sin su decreto, como lo nota Aulo Gelio *libr. 5. noct. Atticar. cap. 19.* y el Principe cometiò al juez la informaciõ de la vtilidad, his verbis: *Æstimabunt iudices adhibitis etiam his qui contradicunt, idest, qui læduntur confirmatione adoptionis*; donde Acursio, y los Doctores dizen, que no solo se auia de citar al hijo del adoptante, mas tambien a los parientes, Ioan. Fab. *in §. licet autem. Instit. de adoption.* Felin. *in cap. vltim. num. 5. de maioritat. & obedient.* Tiraquell. *res inter alios, limitat. 1. circa fin. vers. Hactenus satis*; Dom. Molina *lib. 3. cap. 3. num. 27* ibi: *Absque causa legitima, & citatione substitutorum*; alter Molin. *de iustit. disputat. 179. conclus. 7. ad finem.*

60 ¶ Teniendo, pues, la transaccion sobre que se litiga los defectos mencionados, y que el Principe no aprouò alguno; pues fueron los mas de ellos añadidos en la vltima escritura, despues de ganada la facultad, no es de creer quiso perjudicar al derecho de los terceros, que no intervinieron en la transaccion, como fue el Marques de Valençuela; para que asi con toda justificacion se conozca no auer lugar la pena convencional que se pretende.

CAVSA TERCERA.

QVE por todo derecho conste auer penas convencionales es cierto (quando se deuan cobrar, que es lo que se duda ajustar, es la duda) y consta de la *l. cansas 16. C. de transaction. l. qui Romæ, §. duo fratres, ff. de verbor. obligat. l. cum proponas 17. l. promissis 37. l. vbi pactum 40. l. si quis maior 41. C. de transact. l. heredes 1. §. in illa, l. idem iuris, ff. famil. erciscund. l. si qui fidem 16. ff. de transaction.* y la causa fue, cohibere lites, para que el miedo de la pena refrenara el

el animo de litigar, y obligara a la obſervancia de los contractos, y tranſacciones, que por no ſeguirlos ſe otorgauan.

62 ¶ A que alude el caduceo, moneda que ſe labrò en tiempo de Marco Antonio; denotando la concordia que auia hecho con Lepido, y Auguſto, de quo Pierius Valerian. *lib. 56. tit. de concordia, lit. F. & lib. 59. eodem tit. lit. F.*

63 ¶ En los juyzios arbitrarios huuo y ay lugar la meſma pena, *l. adverſus, l. cum pœna 38. l. de rebus 43. ff. de recept. arbitrar. l. Lutius 47. ff. de action. empt. l. 2. §. fin. l. ſtipulatio iſta, §. alteri, l. ſi homo 69. l. ſtipulatio 61. ff. de verbor. obligat.* la cauſa no dudo ſea la autoridad del Apoſtol: *Oderunt peccare boni, virtutis amore; oderunt peccare mali formidine pœnæ*, como tambien en los juyzios ordinarios ſe diſpuſo in *l. 4. in fin. ff. ſi quis caution. l. 4. §. labeo ait, ff. de dolo*, y por nueſtras leyes Reales todo ſe cautelò, por refrenar el deſeo que algunos, mouidos mas de ſu natural, que de razon, ſe inclinan a litigar, *l. 34. glo. 1. & l. 35. tit. 11. partit. 5. l. 38. & l. fin. eodem tit. l. 215. & 216. del ſtilo, l. 68. Tauri, hodie l. 1. tit. 15. lib. 5. l. 3. tit. 26. lib. 8. Recopilat. l. 18. tit. 19. lib. 8. ordinamenti.* Con lo qual aſsimiſmo concuerda el *cap. ſtatum de pœnis.*

64 ¶ Con la regla precedente, que dexamos ajuſtada para que la pena convencional tenga lugar, y ſe deua cobrar, aſsi por la parte obediente (como fundamos en la primera cauſa) como por parte del Fiſco, quando en ella es intereſſado por derecho proprio, ò por convencion de los litigantes, es neceſſario, que la contrauencion ſea de hecho, como ſi vno de los litigantes de ſu autoridad, ſin decreto, ò mandato de juez faltara a lo paccionado.

65 ¶ Eſta concluſion bien ſe prueua de las palabras del texto in *l. is qui fidem 16. ff. de tranſaction.* ibi: *Qui fidem licitæ tranſactionis rumpit, non exceptione tantum ſubmouebitur, ſed & pœnam, quam ſi contra placitum fecerit rato manen-*

333

te pacto stipulãti recte promisserat præstare cogetur.

66 Quien rompe obra de su propria autoridad, *grauem pœnam municipibus, si quis eorum vincula ruperit*, dixo Ciceron in Catilin. con que si el romper la prision fuera authore Prætore, no fuera delito; lo es porque de facto y autoridad propria se haze; y a esto aluden las palabras del texto *in l. si quis maior 41. C. de transaction.* ibi: *Nullo cogente imperio, sed libero arbitrio, & voluntate confectos.*

67 ¶ Lo mismo mas claramente consta de la *l. amplius non peti, ff. rem ratam haberi*, ibi: *Amplius non peti verbum labeo accipiebat, si iudicio petitum non esset.* Y en este caso dize el texto, que si pidio judicialmente, no ha lugar la pena. Lo mismo se nota in glosa in *l. si seruus 70. §. ait Prætor. ff. de adquirend. hereditat.* & tenet Bald. in *l. vnica, C. de his quæ pœn. nomin. num. 27. & in l. 1. vers. Sed pone, C. de vsufruct.* Cuman. *cons. 51. in princip.* ponderando el texto in *l. ait si quis impediat 14. ff. de Relig. & sumpt. funer.* Decius *cons.* 581. *num. 11.* Alciat. *in l. si priusquam, ff. de nous oper. nunciat. num.* 12. & 13. Galganet. *de condit. 2. part. cap. 5. quæst. 10. per totam*, Menoch. plures *cons. 230. à num. 2*, Alexand. *cons. 52. lib. 2.* Curtius junior *cons. 173. num. 17.* Beroius *cons. 2. num. 9. lib. 3.* Dom. Couarr. *in cap. Rainaldus, §. 1. num. 12. de testament.* Con que no auiendo el Marques de Valençuela obrado, y contrauenido à la transacion de su propria autoridad, si no authore Prætore, como de los autos consta; no deue auer lugar la pena convencional.

CAVSA QVARTA.

68 ESTA trae dependencia de la precedente, fundada en vna doctrina de Cumano *cons. 51. num. 3.* ibi: *Dicendum videtur intelligi de quæstione mota, perseuerando vsque ad senten-*

sententiam, quoniam per sententiam declaratur, an iustè, vel iniustè mota sit quæstio. Trata en dicho consejo de pena convencional, y dize, que aurà lugar quando perseuera en el juyzio el que contrauiene, porque si las causas que opone son legitimas, y se conoce de ellas plenariamente, que no aurà lugar la pena; mas si son friuolas, que entonces, erit locus stipulationi pœnali, ita Castrens. *cons.* 221. *num.* 2. *lib.* 2 Menoch. *cons.* 230. *num.* 78. & notat Bald. *in l. rescripta, num.* 12. *C. de precib. Imper. offerend. & in l.* 1. *ff. de constit. Princip. num.* 3. Innocent. *in cap. quæ in Ecclesiarum, de constit. num.* 3. Petra *de potestat. Principis, cap.* 25. *à num.* 73.

69 ¶ Y en este caso entienden la *ley qui Roma, §. duo fratres, ff. de verbor. obligation.* ibi: *Quasi ex causa fideicommissi sibi à patre relicti debitam; & ad versus eum pronuntiatum est.* Adonde contra la transaccion penal contrauino vno de los contrayentes, y el contradezirla no fue cō causa legitima, ibi: *Quasi ex causa,* y se declarò no auer lugar lo pedido, & esse locū stipulationi per sententiam, ibi: *Et adversus eum pronuntiatum est.*

70 ¶ Lo mesmo consta de el texto *in l. adversus* 29. *ff. recept. arbitr.* ibi: *Adversus sententiam: l. cum pœnam* 38. *ff. eodem,* ibi: *Cum pœna ex compromisso petitur, is qui commisit condemnandus est: l.* 4. *§. labeo ait, ff. doli mali,* ibi: *Secundum Actorem fuerit iudicatum: l. sancimus, C. de fideiussorib.* ibi: *Post elapsum tempus omnimodo pœnalem actionem dari.* Dize ser necessaria intentar despues de la mora la accion, y oper sententiam deueniatur ad pœnam, *cap. suam literæ nis,* ibi: *Per quodam arbitrium condemnati; l. rescriptum* 10. *§. si pacto, ff. de pact. l. fin. ff. eo quod cert. loco, l.* 2. *ff. si quis cautionib.* Con que faltando conocimiento de causa, y dadas las excepciones que contra la transaccion se oponen, friuolas, ò no legitimas, no ay lugar la pena convencional.

71 ¶ Ita in terminis tenet Iason *in l. stipulatio ista* 38. *§. si quis fortè, ff. de verbor. obligat. num.* 1.

num.1. ad medium, ibi: *Quod stipulatio ista, siue interponatur super contractu emptionis, siue super alio contractu, non committitur, nisi lata sententia: dict. l. habere licere, ff. de euictionibus.* Et ibi: *Secundo pondera istum textum in verbo, minuitur, nam ante latam sententiam ius rei non minuitur.* Et ibi: *Nam dato quod quis moueat litem antequam feratur sententia, dicitur habere rem, & non committitur antea stipulatio, nec pœna*: in idem est Raphael Cuman. *in dict. l. stipulatio ista, §. quæsitum, à num.3.* Castrens. *in dict. §. si quis forte, num. 1.* vbi Addition. *litt. A. l. qui cum maior 14. §. accusasse, ff. de bon. libertor.* ibi: *Vsque ad sententiam,* Padilla *in l. is qui maior, num. 12. C. de transact. l. Papinianus, §. meminisse, ff. de inofficios. testam. l. eius qui delatorem 29. ff. de iur. Fisci, cap. cum secundum, de hæretic. lib. 6. l. 216. del stilo*, ibi: *Despues por sentencia.* Con que en el caso presente, aũque el Marques de Valençuela contra la transacciõ pidiò el Estado de Baena, y Cabra, por tocarle legitimamente, oponiendo contra ella (como si el, ò sus predecessores la otorgaran) diferentes excepciones, como fueron, lesion, subrepcion, obrepcion, y colusion; ser hecha la transaccion sobre cosa clara, por ser seguro el derecho de los varones, como dexamos tocado arriba; no tener el Principe intento de confirmar esta transaccion en perjuyzio de los que no transigieron; faltar citacion de los inmediatos; y auerse otorgado in fraudem successorum; auer diferentes capitulos que se añadieron à la transaccion, sin que el Principe los confirmasse, ni se le hiziesse relacion de ellos; y por auer auido mala fee en los contrayentes. Y siendo todas estas excepciones legitimas, y que de derecho se deuen admitir, porque prouadas son bastantes a rescindir la transaccion, sobre ninguna de ellas huuo conocimiento de causa, ni se reservaron para difinitiua, como se deuia, y entonces declarar por sentencia no auer lugar las excepciones del Marques, obstarle la transaccion, y auer lugar la pena; nada huuo, ni se vido,

ni se oyò, con que durum est el querer que aya pena conuencional, y que el Duque, y Camara la pidan, siendo tan contra derecho, segun el estado presente, el querer aya en este pleyto pena; y se pretenda cobra.

CAVSA QVINTA.

72 ESta requiere algun conocimiento de derecho, y para quien està tan falto dèl, como yo, serà muy dificultoso el ajustarlo: y es la causa, que aunque son varios los textos que en esta materia asseguran auer lugar, propter contraventionem, la pena conuencional, y mas los Doctores que nieguen su cobrança, nisi quoad interesse, fundados, en que no esta en vso el cobrarlas, ajustarè, que aunq̃ es cierto de derecho, que la pena conuencional, aun que grande, y exceda la suerte principal; se deue cobrar; mas que los textos que della tratan no son adaptables à este caso. Lo segundo, conciliarè con ellos los Doctores que niegan el vso de la cobrança. Y en lo tercero, con vna ley del Reyno resolverè estar derogada la disposicion de derecho; aun en caso que aya lugar la pena conuencional.

73 ¶ Es de advertir, que las penas conuencionales, ò se ponen en cōtractos, en los quales se pretende castigar la culpa del que contrauiene, y corroboracion del contracto principal, consta del text. *in l. 4. § si ex conventione*, in vers. *Sed si pignora, ff. de re iudicat. l. 3.* ibi: *Pristinam obligationem durare, &c. ff. de duobus reis, l. 2. §. dua erunt, ff. de nouat. l. 1. ff. de fideiuss. l. ita stipulatus 115. ff. de verbor. obligat. l. legata inutiliter 14. ff. de adimend. legat. l. 3. §. si emancipatus ff. de bonor. possess. contra tabul. l. non sunt liberi, §. partus, ff. de stat. homin. gloss. in l. 1. §. dua, ff. de Carbon. edict. gloss. in l. Sabinus 12. ff. de in diem addict. gloss. in l. 2. ff. de lege cōmiss. gloss. in l. nulla, ff. de legib. gloss. in l. si filius* vers. *Etenim, ff. de vulgar.* Bart. *in l. contra iuris, ff. de pact.* Ioan. Faber,

Angel. & Aretin. *in princip. Institut. de fideiussorib.* Couarr. *lib. 1. variar. cap. 1. nu. 5.* Menchac. *illustr. lib. 1. cap. 40. num. 8.* Molin. *de primogen. lib. 2. cap. 4. num. 14.* Roland. *cons. 36. num. 9. libr. 4.* en este caso, si la obligacion solo mira à corroborar el contracto, no ha lugar la pena convencional.

74 ¶ Advierto asimismo, que la pena cõvencional, ò se pone à contractos, qui consistunt in dando, aut in faciendo, vt est text. *in l. ita stipulatus 115. ff. de verbor. obligat. l. duo societatem. ff. pro socio, l. 4. §. labeo ait ff. de dolo mal. l. Lutius 47. ff. de act. empt. l. stipulatio ista, §. 2. ff. de verb. obligat. l. si homo 69. l. nuda 5. C. de contrahend. vel commit. stipulat.* y otros muchos, que por no alargar dexo de referir; y estos afirman, que ha lugar la pena, ob defectũ adimplementi; y esto mismo afirman muchos DD. que abaxo citaremos.

75 ¶ De lo referido se manifiesta la causa quinta, que excluye el derecho de el Duque, y Fisco; porque la pena convencional solo tiene lugar, y se deue cobrar quando la pena se subroga en lugar de la causa principal (verbi gratia) si equum mihi legatum non dederis dabis centum pœnæ nomine, vel si domum mihi non feceris intra tale tempus, dabis cẽtum nomine pœnæ. En estos dos casos, por la contrauencion se paga la pena, y se cobra, y proceden los textos citados num. præcedenti, ibi: *Si traditus non fuisset pœnam stipulatus sit*, y hablan los DD. que afirman se deue cobrar la pena por entero, como son Alciat. *in l. vnic. C. de sentent.* quæ pro eo quod interest. *cap. 11.* Fachineus *lib. 1. controuers. cap. 50.* Cornelius *cons. 69.* Decian. *cons. 298.* Angel. *cons. 44.* Gom. *in l. 68. Taur.* Garcia. *de expens. cap. 9. n. 63.* Gutierr. *de iurament. libr. 1. cap. 36.* Rodrig. *de annuis reddit. lib. 3. quæst. 5.* Azeued. Auendan. Parlador. Dom. Rea, Sarmient. Zeuall. y otros que refiere Cancer. *de iudic. tom. 2. lib. 1. tit. 3. disp. 3. n. 23.*

76 ¶ Esta distincion en este caso hizo Ægidius *in l. ex hoc iure, ff. de iust. & iur. cap. 13. claus. 9. num. 3.* ibi: *Hoc limito duobus modis. Primo, vt no*

procedat, quando pœna in contractu adijcitur loco rei principalis, seu facti in contractum deducti (verbi gratia) si quis promisit rem aliquam intra certũ tempus dare alicui, aut facere: et si non dederit, aut fecerit, centum pœnæ nomine, quia hic pœna in locum principalis subrogatur, & illius naturam assumit, iuxta regul. l. si eum, §. qui iniuriarum, ff. si quis cautionib. §. fuerat. Instit. de action. quæ regula locum, etiam habet, si subrogatio fiat ab homine, vt contra Bald. in dict. §. qui iniuriarum, col. 2. vers. Secũdo casu, & alias probat Hippolyt. Riminaldi cons. 27. num. 62. lib. 1. Barbos. in Rubr. 3. part. num. 77. ff. de solut. matr.

77 ¶ No es el caso de nuestro pleyto el que refiere Egidio loco citato, ni està comprehendido en los textos mencionados supr. num. 71. en que se dà lugar à la exaccion de la pena por la contravencion, es caso diferente, en el qual no se subroga la pena en la suerte principal, porque aqui litigamos el no mouer pleyto contra vna transaccion, y para su obseruancia, y corroboracion se pone pena, y en este caso proceden los textos citados numer. 70. y en estos no ay lugar à la pena convencional (y à lo mas, es al interes que puede auer propter litem motam) y assi los DD. que afirman no auer lugar la cobrança de la pena convencional, por no estar en vso, que son, Grammatico *cons. 66. à num. 74.* Marant. *in prax. disput. 7. num. 26.* Caual. *resolut. crimin. casu 226. à num. 3.* Thesaur. *decis. 79.* Fragoso *de regim. Reip. lib. 5. disput. 13. §. 8. à num. 188.* Marta *in compend. decis. tit. de pœnis, cap. 82.* Ioan. Bapt. Toro *in compend. decis.* verb. *pœna, tom. 1. fol. 319.* Rebuff. *in l. vnic. C. quæ pro eo,* Seraphin. *decis. 809.* Afflict. *decis. 135.* Marc. Anton. Genuen. *pract. Ecclesiast. q. 253. num. 4.* Francisc. Viui. *decis. 41. num. 4. & 5.* Cæsar Barzius *decis. 33.* Scain. *decis. 22.* Sesse *decis. 110.* Gregor. Lopez, Auend. Rodrig. Ioan. Garcia, Gutier r. Azeued. Felician. Zeuall. Hermosill. q̃ quedaron con esta opinion *in l. 32. tit. 5. gloss. 8. & 9. à num. 6.* Curia Philip. Carleual, y otros que el Licenciado

ciado don Iuan de Herrera cita en su papel, desde el num. 25. hasta el 55. se han de entender, y entienden de las penas puestas en los contractos, en que la tal pena no se subroga in loco sortis principalis, porque quando se subroga, entonces ha lugar su exaccion, vt ex mente Ægidij dict. loco constat, *& ex l. nuda 5. C. de contrahend. vel committend. stipul.* vbi DD.

78 ¶ Supuesto lo referido, y que dexamos ajustado, que solo ay lugar à cobrar la pena quando se subroga, porque de otra suerte no se puede pedir, nisi quoad interesse, según la opinion de los DD. que abaxo citaremos: oy podiamos con seguridad excluyr la resolucion de todos, ajustandonos à nuestras leyes del Reyno, que excluyen en todos casos la cobrança de las penas convencionales, por dezirse son puestas ad terrorem, y sea la primera la *l. 22. tit. 22. part. 3.* ibi: *Otro si, que quando el juzgador mãdasse por juyzio à alguna de las partes, que pagasse, ò entregasse la quantia, ò la cosa que mandaua la otra parte fasta dia señalado, y que si non se lo diesse fasta aquel dia, que despues fuesse tenudo de se lo pechar doblado, que tal palabra como esta, que es puesta en la sentencia en razon del doblo, non ha fuerça de juyzio, mas es amenaza del juzgador, y no empece à aquel contra quien la dizen, quando es en el doblo, ò en la quantia que le manda pechar.*

79 ¶ Claro se vè de la disposicion de esta ley, que la pena impuesta por el Iuez, mas es conminatoria, que no obligatoria, pues excluye su cobrança, y asi lo nota el señor Gregorio Lop *in l. 32. tit. 5. part. 5. gloss. 8.* ibi: *Neque vnquam in judicijs vidi per duplam committi, neque condemnationem fieri de dupla*; y asi lo entiende Auendañ *in dictionario, lit. P. la l. 31. tit. 5. & l. 34. tit. 11. part. 5. & l. 215. & 216.* del Stylo, con que à ratione legis cessa la cobrança de las penas convencionales, ò judiciales, que por tener mayor autoridad, por razon de el juyzio, deue cessar con mas veras en los contractos.

80 ¶ De lo dicho resulta facil respuesta à

 la

la *l.35.tit.11.partit.5.* ibi: *Si cierta pena, è à dia señalado, prometiendo vn ome à otro de dar, ò fazer alguna cosa, si aquel dia no huuiere dado, ò fecho lo que prometiò, tenudo es de pechar la pena, ò de dar, ò fazer lo que prometiò, qual mas quisiere aquel que recibiò la promission.* Por este texto mas claramente se prueua la distincion que en esta quinta causa auemos fecho; pues el señor Rey don Alonso dà facultad de pedir lo prometido, ò cobrar la pena, con que siendo la obligacion de dar, ò hazer, como la pena se subroga, la podrà pedir, ò el hecho principal estipulado, mas no todo junto, ibi: *Tenudo es de pechar la pena, ò de dar, ò fazer lo que prometiò.*

81 ¶ Deindè, si conforme à esta ley se dà facultad al estipulante (que en este caso lo es el Duque de Sessa) para que pida qual mas quisiere, ò la pena, ò la cosa estipulada, es llano no auer pena, pues esta se subroga en la causa principal, con que no recibiendo el estipulante la suerte principal, y la pena, nihil damni infert al que contravino, porque si cumpliera, cessara la pena; porque no cumpliò, se quedò con la cosa principal el que contrauino, y pagò la pena; con que no es este el caso de nuestro pleyto, ni el de esta *ley 35.tit.11.partit.5.*

82 ¶ Y caso que la parte del Duque quiera fundar su justicia en ella, el Marques de Valençuela desde luego se allana à pagar la pena, con que el Duque dexe el Estado de Cabra, y Baena, pues por este texto no puede tener, y cobrar dicha pena, y Estado; y assi, pues, possee el Estado, cessa la pena.

83 ¶ Bien deue el Duque de Sessa, y sus Abogados, conocer quan desesperada es esta causa, pues para su defensa se vale del texto referido, y cõ el de la *l.68.Taur.* que de verdad, ò no alcançamos el obscuro sentido de ella, ò nos es preciso afirmar, que determina el pleyto en fauor de el Marques de Valençuela, en ella se manda, que la pena de commisso se guarde, ibi: *Si alguno pusiere sobre su heredad algun censo, con condiciõ, que si no pagare à ciertos plazos, cayga la heredad en commisso*; à no ver esta ley ponde-

derada por los Abogados del Duque, no hiziera ponderacion della. Y pregunto, el obligado à la paga del censo que tiene en si la suerte principal, y no paga los reditos, que agrauio se le haze? ò que pena padece quitandole la hipoteca? y què vtil lleua el dueño del censo, quando por su dinero, y reditos, que no le hā pagado, recibe la hipoteca? Con esta advertēcia suspendo el discurrir mas sobre este texto, en el interin que por parte del Duque, ò se nos reuela la dificultad, y razon en que se funda, ò reconoce no es de la materia, ni del caso que litigamos: razon que hasta entonces observaremos para responder à la ley 215. & 216. del Stylo, que ordenan lo mesmo (de que parece asimismo fue trasladada la *l. fin. tit. 11. partit. 5.*) con la *l. 18. tit. 19. lib. 8. ordinament. l. 3. tit. 26. lib. 8. Recop.* ibi in vtraque lege: *Fazer, y cumplir algunas cosas so ciertas penas.*

CAVSA SEXTA.

84 CON la verdad solida que dexamos referida en la causa precedente, de que la pena solo ha lugar quando subrogatur, como es en las obligaciones, dandi, aut faciēdi, se puede formar esta sexta causa, fundada en vna doctrina de Bartul. per gloss. *in l. Æmilius. ff. de minorib.* que todas las vezes que el demandado intendit tantum observationem transactionis, que no ha lugar la cobrança de la pena convencional, ni la puede pedir: *Nam qui debitum principale recepit, absque protestatione pœnam remittit, vt tradit dict. gloss. parti. quare si pro parte recepit, pro parte remittitur. gloss. legum fori, fol. 127. col. 3. in medio*; palabras son estas de Cald. Perein. *de emption. & vendit. cap. 30. n. 51.* à quien sigue Ruin. *cons. 150. num. 5. lib. 3.* Angel. *cons. 373. num. 1.* Crauet. *cons. 151. num. 8. & cons. 206. nu. 2.* Corneus *cons. 268. in fin. libr. 1.* Roland. *cons. 69. nu. 56. lib. 4.*

85 ¶ No es dudable, y consta por testi-

nio-

337

nio presentado, que el Duque de Sessa, siguiendose el pleyto en el Consejo, solo tratò de que la transaccion se observara, y no se litigasse el Estado que posseìa, ni aun pidiò la pena convencional, y el Consejo mandò, que la transaccion, segun lo pedido, se guardasse, y observasse.

86 ¶ Con que si el Duque, y los de su Casa se contentan con lo paccionado en la transaccion, fue visto renunciar el derecho que à la pena podian tener, por no poder concurrir la observancia de la transaccion, y cobrança de la pena; y esto consta de las leyes de nuestro Reyno, *l. 34. tit. 11. partit. 5.* ibi: *Que no es tenudo el que la faze de pedir la pena, y de fazer lo que prometiò, mas lo vno tan solamente. l. 35. eod. tit. & partit.* ibi: *Si aquel dia no huuiere dado, ò fecho lo que prometiò, tenudo es de pechar la pena, ò de fazer que prometiò.*

87 ¶ En la *l. apud Celsum 4. §. labeo, ff. de dol. mal. except.* idem decernitur, ibi: *Labeo ait, si de homine petito secundum actorem fuerit iudicatum; & iussus Iudicis satisdatum sit, hominem intra certum diem tradi, et si traditus non fuisset, pœnamque stipulatus sit petitorem; qui & hominem vendicat, & pœnam petit exceptione esse repellendum: iniquũ enim esse, & hominem possidere, & pœnam exigere.* Vea la parte del Duque si es buen texto este para su intento; pues tener, y posser el Estado de Baena, y Cabra, y querer cobrar la pena convencional, *iniquum enim esse, & hominem possidere, & pœnam exigere*; in idem est *l. rescriptum 10. §. si pacto, ff. de pact. l. prædia 28. ff. action. empt. l. fin. ff. de eo quod certo loco, l. 2. ff. si quis cantion. l. 4. C. de posit.*

88 ¶ Ni obsta à lo referido las palabras de la *l. 34. tit. 11. partit. 5.* ibi: *Fueras ende si quando fizo la promission se obligò, diziendo, que fuesse tenudo à todo à pechar la pena, y cumplir la promission en todas guisas*; que es la clausula, solita apponi rato manente pacto, la qual intervino en esta transacciõ, y que asi el Duque, aunque solo pidiò observancia de la transaccion, puede virtute dictæ clausulæ, vtrũ-

què

que petere, vt tenet Vitalis de Camban. *de clauſul. fol.6.* Crotus *in l. ſi inſulam, ff. de verbor. obligation. num.* 59. Curtius iunior *in l. cum proponas, num.* 4. *&* 6. *C. de tranſaction.* Angel. *in §. actionum. Inſtit. de action. quidquid*, Dom. Gregor. Lopez *in gloſ. fin. dict. l.* 34. *tit.* 11. *partit.* 5.

89 ¶ La reſpueſta no es dificil, conſiderando lo que dexamos fundado en la primera cauſa de eſte papel, de que el Duque y ſus predeceſſores hã contrauenido a la tranſaccion, & tenet Barboſ. *in l. ſi quis maior. num.* 19. *C. de tranſaction.* Menoch. *conſ.* 48. *num.* 74. Y todas las vezes que el que pide la pena, y ſuerte principal ha faltado a algo del contracto, en cuya virtud ſe pide la pena cõvencional, la clauſula rato manente pacto, & toties, quoties nullius momenti ſunt, y vna vez pedida la obſervancia de la tranſaccion, no ſe puede pedir la pena.

90 ¶ La prueua de todo ſon las palabras ſiguientes, diſcurridas y penſadas por Caldas Pereyra *de emption. & vendition. cap.* 30. *num.* 53. ibi: *Hæc omnia intellige ſolum procedere in fauorem eius, qui adimpleuit contractum, & odium eius, qui ipſum impugnauit, vt voluit gloſ. in cap. potuit, de locat. quam ibi commendat Panormitan. num.* 10. *Ferrarienſ. in prax. fol.* 81. *col.* 4. *verbo, repellere, in l.* 2. *C. de iur. emphyteut. vbi Iaſon num.* 140. *&* 149. *dicit communem ſententiam Felinus in cap. peruenit in* 2. *de iur. iurand. in fin. Ripa in l. fin. C. de reuocand. donation. num.* 114. *Hugo de Celſo de clauſulis, fol.* 39. *col.* 1. *Cota, verbo, clauſula rato manente pacto, Barbatia in cap. potuit de locat. col.* 7. *in princip. Corneus conſ.* 51. *lib.* 1. *Alciat. in l. cum proponas, C. de pactis in* 2. *Iaſon in l. qui fidem, ff. de tranſaction. num.* 1. *&* 6. *Felinus in cap. dilectus filius, col.* 3. *in princip. de reſcript. Gozadin. conſ.* 31. *num.* 5. *Afflict. deciſ.* 220. *num.* 5. *Gigas de penſionibus, quæſt.* 64. *num.* 6. *Vitalis de clauſul. dict. fol.* 6. *num.* 5. *firmans eſſe communem.*

91 ¶ Y en eſto ſe ajuſtò la parte del Duque a la *ley qui Roma, §. Flauius Hermes, ff. de ver-*

bor. obligat. que en las estipulaciones, y contractos penales denegò la nouacion; y que la pena solo se pone para corroborar la obligacion principal, y para que por miedo de la pena se observe y cumpla lo prometido, *ex l. fin. tit. 11. partit. 5.* Y en este caso, pues no ay nouacion, no se puede cobrar la pena, porque era necessario para cobrarla, ò que la obligaciō principal quedasse nouada; ò que fuesse de tal calidad que se subrogasse la pena en lugar de la obligacion principal, nada ay aqui, como dexamos advertido; demas que para auer nouacion era necessario que las partes assi lo declarassen, *ex l. fin. C. de nouation.* y oy de la *l. 34. tit. 11. partit. 5. glos. 1. ibi: Nam de iure isto partitarum, ita demum stipulatio pœnalis nouat, primam si stipulator hoc eligat.*

92 ¶ El Duque lo que eligiò fue, la observancia de la transaccion, no la pena, con que cessando la nouacion, cessa su cobrança, y exaccion, y assi se entiende la *l. non solum 13. ad fin. ff. de rei vindicat; l. si pro fure. §. furti ff. de condict. furtiu. l. si pacto quo pœnam. C. de pact. l. vbi pactum, C. de transaction. glos. in l. si quis à socio, glos. in l. duo societatem ff. pro socio, Bart. in l. 2. & in l. si ita stipulatus ff. de verbor. obligation.* Con que pues el Duque no pidiò la pena en el Consejo, solo tratò de que la transaccion se observasse; insistiendo en que no tenia obligacion a responder, mal podrà de presente pedir pena de la contrauencion; auiendose contentado con la observancia del contracto principal, y no pudiendose aprouechar de la clausula, rato manente pacto, por auer quebrantado la transaccion, como fundamos causa primera.

CAVSA SEPTIMA.

93 AVNQVE las precedentes son tanto de justicia, no faltò en medio de ellas vna causa de equidad, la qual refiere Barbosa in *l. si quis maior, C. de transaction. num. 30.* de

que

que las penas convencionales referidas *in dict. l.* no se cobren, ni tengan efecto, quando res est dubia an contraueniens inciderit in pœnam. La duda bien ajustada queda, y aun clara a fauor del Marques para que no aya lugar pena alguna, por no auerse declarado en el Consejo si contrauino, ò no, que fue la parte y Tribunal adonde se siguiò la causa, y alegò en esta Corte tantas causas de escusa como de los autos consta, y juntò doctamente el Licenciado dõ don Iuan de Herrera Pareja en el papel que diò en vista, y dexamos recopiladas en el num. 2. vsque ad 5. para que miradas a buena luz se conozca auer sido, mas sin secreto la prosecucion de esta causa, que razon cierta de derecho. Los Doctores que autorizan esta septima causa son con Barbosa dicto loco, Anton. Gabriel *comm. opinion. tit. de iur. iurãd. conclus. 1. num.* 72. Seraphin. *decis.* 617. *num.* 6. & *decis.* 1059. *num.* 3. & *decis.* 1136. *num.* 5. Rota *decis.* 563. *num.* 13. *part.* 1. *diuers.* Menoch. *cons.* 84. *num.* 75.

94 ¶ Y puedo dar fuerça y validacion a esta causa lo que refiere Alciatus *in dict. l. si quis maior. nu.* 20. vers. *Sed quid, C. de transact.* Thom. Parpal. ibi *num.* 30. Cagnol. *num.* 177. Bolognet. *num.* 53. vers. *Si tamen a Principe*, Farinac. *in fragment. lit. I. num.* 1196. & *sequentib.* de que ni siẽpre es contrauenir el pedir judicialmente, porque quando el litigio est coram Principe, y se pide rescision del contracto, el litigio se ha de regular por suplica, vt non sit locus contrauentioni; con que si el Marques ante su Magestad, y su Cõsejo Real, de su daño representò la quexa, pidiò que el contracto se rescindiera, sujeto a la obediencia del Principe, no se dirà que contrauino: *Notatur ad hoc* (dixo Barbos. dict. loco *nu.* 37.) *quod transactioni etiam iuratæ contrauenire non dicitur, nec pœnas huius legis incurrit is, qui Principi supplicat pro rescisione contractus, seu transactionis.*

QVAN-

95 QVANDO a vna causa de equidad, aunque vestida con razones muy juridicas; dexò de seguirse vna de malicia? Esta serà la vltima de este alegato, sacada de la *l. de rebus* 48. *ff. de recept. arbitr.* ibi: *Quod si malignè hoc fecerit, &c.* y la notò el Licenciado don Iuan de Herrera Pareja en su docto papel à nu. 75. Y porque la malicia, y dolo, que contra el Marques es mas pensado, que verdadero; no serà razon alargar mas este alegato, advirtiendo obiter, que el Marques de Valençuela pretendia vn Estado como es el de Baena, y Cabra, y titulo de Grande, quando oy solo se halla con el Estado de Orxiua, parte centessima de lo que interessaua si ganaua el pleyto; y fuera cierto si al Duque le mandaran responder; con que el dolo, malicia, y cautela solo tendrà lugar quando sin interès, ni conveniencia mueue pleyto, solo por molestar, como aqui lo experimenta el Marques, con que assegura reuocacion de la sentencia de vista, & ita speratur. Salva in omnibus, &c.

L. D. Antonio de Morales y Noroña.